

# KOMPARATIVNÍ DIMENZE ANTROPOLOGIE PRÁVA

Tomáš Ledvinka

*Institut doktorských studií, Fakulta humanitních studií, Univerzita Karlova v Praze  
tomas.led@seznam.cz*

## Comparative dimension of the anthropology of law

**Abstract**—This article examines three comparative dimensions which need to be examined by anthropology of law with due prudence: the dimension of jurisprudence and anthropology, the dimension of legal systems and their structure, and the dimension of justice. These dimensions are confronted with recent diversion from comparison within anthropology and the validity of critiques of the comparison is demonstrated with respect to the development of the anthropology of law.

**Key Words**—legal anthropology, comparison, comparative anthropology, legal pluralism

### OBECNĚ O KOMPARACI V ANTROPOLOGII

**K**OMPARATIVNÍ přístup je integrální součástí antropologického oboru. Po dlouhou dobu byl považován dokonce za úhelný kámen této disciplíny. V nedávné době, přibližně od 80., resp. 90. let 20. století se razil trend odmítání komparace. Ještě před touto kritickou vlnou stačil Ladislav Holý vydat „Srovnávací antropologii“ (Holý 1987), která se zaměřuje především na vztah mezi etnografickým popisem a antropologickým zobecněním. Dnes můžeme zaznamenat určité práce naopak indikující renesanci komparativní metody v antropologii, jako např. „Antropologie komparací“ (Gingrich, Fox 2002), které se zabývají různorodostí srovnávacích metod a stylů, a jejich pluralitou, a snahou definovat novou pozici komparace v globalizovaném světě. Tato práce například upozorňuje, že kvantitativní komparace je stále méně možná a vývoj antropologické disciplíny se přiklání stále více ke kvalitativní komparaci (Gingrich 2002: 232).

Z interpretativního období antropologie nicméně přetrvávalo vysoké hodnocení ne-komparativního analytického popisu. Tento odklon od komparace byl dále ještě posílen dekonstrukcí (Melhuus 2002: 81). Důvody tohoto odklonu od komparace nebyly nicméně zcela oprávněné a téměř vůbec neplatí pro právní antropologii.

Adam Kuper upozorňuje na to, že ještě nedávno by ortodoxní pojetí antropologie jakožto sociální vědy zahrnovalo tři základní charakteristiky oboru, které garantují její svébytnou hodnotu mezi ostatními disciplínami, a sice (1) metodu zúčastněného pozorování jako jádro terénního výzkumu „patentovanou“ Bronis lawem Malinowskim, (2) vzdálené exotické oblasti, v nichž se terénní výzkum provádí, a (3) informace získané terénním výzkumem v takových destinacích by pro nás nebyly jakkoliv podstatné

a relevantní, kdyby nepředstavovaly materiál pro komparaci. Právě tento poslední bod je pokládán za klíčový pro oprávněnost antropologie jakožto sociální vědy (Kuper 2002: 144).

Tyto základní disciplinární charakteristiky byly v post-koloniálním a globalizačním období podrobeny prudké kritice. Kuper tuto kritiku shrnuje následně; zúčastněné pozorování bylo odmítáno pro svoji subjektivnost a pro narušování důstojnosti pozorovaných populací, neboť jejich členové byli vnímáni jako objekty. Dále, fakticky došlo k značné univerzalizaci výzkumu, který byl dříve limitován pouze na nezápadní společnosti. Dříve pouze pozorované populace se pokoušely poměrně úspěšně etablovat své vlastní antropology (Šavelková 2011). Na akademickém poli tak dochází k jistému vyrovnání sil. Kritika komparativní metody však byla vedená z pozic, které byly samotné komparativní metodě poněkud cizí. Dá se říci, že kdybychom nepřijali teoretický rámec, z něhož tato kritika vychází, pak by žádná kritika komparace nebyla možná. Adam Kuper tuto argumentaci shrnuje sice zjednodušeně, ale poměrně velmi přesně: „Skutečné možnosti srovnávání byly zpochybňovány. Pokud zde není žádná zevšeobecnující sociální věda, pokud objektivita je iluze, pak srovnávání musí být opuštěno jako relikt přežitého pozitivismu“ (Kuper 2002: 144). Komparace, ať už jako teorie, nebo metoda, byla tedy odmítána a kritizována v důsledku rostoucí nedůvěry k objektivistické *hard-science methodology*, a pro její spojení s velkými teoriemi (Gingrich, Fox 2002: i).

V antropologii tak začal v tomto pozdním období dominovat ne zcela oprávněně protiklad mezi intenzivním terénním výzkumem a analytickým popisem na jedné straně a komparací na straně druhé. S touto dichotomií se můžeme setkat již v rané vývojové fázi antropologické disciplíny, kdy komparativní metoda byla spojována téměř výhradně s „kabinetní“ antropologií (Kuper 2004: 54). Antropologie se však po počátečních letech evoluční syntéze založené na komparaci stala vůči této orientaci protikladnou disciplínou koncentrovanou na terénní výzkum. Posléze došlo ke stabilizaci základního pojetí oboru, které do sebe zahrnuje i komparaci. Tento ne příliš oprávněný protiklad se však vrátil do základního pojmání antropologického řemesla. James Peacock k tomu například uvádí, že „Periodicky, či dokonce plynule, avšak kolísavě, se snažíme sklídit plody etnografické práce. Pracujeme však v obležení. Naši nepřátelé jsou přemrštěně kritičtí, jiní přemrštěně vědečtí, a ještě další přemrštěně byrokratičtí

a pragmatičtí“ (Peacock 2002: 54).<sup>1</sup>

#### ZABLOKOVANÁ KOMPARACE

V pojednáních o komparaci se obvykle zdůrazňuje, že srovnávání je považováno za integrální součást každého poznávacího procesu. Richard G. Fox a André Gingrich ji považují pod vlivem interdisciplinárního studia mysli a jejích procesů (cognitive science) za fundamentální lidskou poznávací aktivitu („lidé stále srovnávají“) (Fox, Gingrich 2002: 6, 8). Dalibor Antalík (orientalista, biblista a historický religionista) spojuje srovnání s nejranější fází vývoje osobnosti dítěte a dokonce tvrdí, že „nelze vyloučit, že se jedná o nejstarší, nejarchaičtější a zároveň obecně rozšířenou intelektuální dovednost.“ (Antalík 2005: 9) V antické i novější literatuře skutečně nalezneme řadu zmínek na téma komparace. (Gingrich 2002: 225–226) Antalík dále patrně pod stejným vlivem jako Fox a Gingrich doslova píše: „Stačí si jen uvědomit, čím každý jedinec ve svém útlém věku prochází: jako nemluvně porovnává hmatové (rozdíly mezi jemným a hrubým), zrakové (tmavým a světlým), chuťové (sladkým a slaným) vjemy, začíná rozlišovat tvary a barvy.“ (Antalík 2005: 9). Pokud přijmeme tyto premisy přirozenosti a samozřejmosti komparace, lze předpokládat, že existují jakési vnější vlivy, které mají potenciál komparaci blokovat nebo alespoň deformovat.

Srovnání může být v podnětném sociálním prostředí, které preferuje svobodný a tvůrčí rozvoj lidské osobnosti, v jiném sociálním prostředí se však může dít pravý opak. Dobře to vědí například rodinní psychologové, kteří se zabývají zneužíváním dětí. Srovnávají, jak dovednost může být tedy potlačena nebo utlačována. Výsledkem je většinou nerealistické vidění světa nebo deformované vidění reality<sup>2</sup> (Pernerová 2000: 40–56). Takoví rodiče většinou brání dětem, aby viděli, jak je tomu v jiných rodinách, a udrželi se tak stávající poměry v jejich rodinné skupině. Tyto strategie můžeme vidět také u mafií, zločineckých gangů, různých subkultur či určitých států. To, co platí v určitých sociálních skupinách s patologickými rysy, je neméně závažné u proponentů akademické vědy. Jednou takovou rodinou, která deformuje vidění svých studentů, je také právní věda<sup>3</sup>. Vyplývá to mimo jiné ze srovnání s dynamikou jiných vědeckých disciplín, jak jsem již naznačil jinde (Ledvinka 2011). Pokud se budeme snažit o překonání nerealistického či deformovaného vidění reality, které může mít další závažné následky i v případě nerealistického vidění práva, pak je komparace fundamentální moment v této snaze.

<sup>1</sup> „Periodically, even continuously if erratically, we try to harvest the fruits of this ethnographic labour. We work under siege. Our enemies vary. Some are excessively critical, others excessively scientific, still others excessively bureaucratic and pragmatic.“ (Peacock 2002: 54)

<sup>2</sup> Pernerová tento problém tematizuje jako *tabu realistického vidění* (Pernerová 2000: 40–56).

<sup>3</sup> V angličtině je právní věda (*jurisprudence*) považována za *art*, nikoliv *science*. V českém, ale také německém a rakouském kontextu je spojení právní věda pozůstatkem silné pozitivistické tradice, avšak označovat právní odvětví, např. občanské právo, za sociální vědu, je poněkud nadsazené a neadekvátní.

#### VNITŘNÍ ANTROPOLOGICKÁ KOMPARACE A MEZIOBOROVÁ KOMPARACE

Právní věda je hlavním zdrojem našeho nativního chápání práva. Kulturně podmíněné vidění práva je také východiskem, které je samozřejmě nutné ověřovat, pro právní antropologii. Tato skutečnost se může projevit nejen ohledně definování práva, nýbrž i v jemných kontextuálních detailech antropologické práce. V případě antropologie práva tato skutečnost tedy vyžaduje nejen vnitřní srovnání mezi jednotlivými částmi antropologické disciplíny<sup>4</sup>, nýbrž i interdisciplinární komparaci věd týkajících se práva. Suverenita řešeného problému nad vědou, resp. nad jejími dělicími příčkami, si vyžaduje důkladnou komparaci situace těchto disciplín.

Jaká tedy je situace právní vědy na jedné straně a antropologie a jiných sociálních věd na druhé straně? Právní vědě dominuje dodnes debata mezi naturalismem a pozitivismem, která pochází z formativního období této vědy. Teorie práva (*de facto* „teorie státních zákonů“) a právní filosofie inklinují k tomu pojem práva redukcionisticky dekontextualizovat a zároveň univerzalizovat. Určité právní subdisciplíny mají dle mého názoru vysoký komparativní potenciál, avšak využívají jej zcela zřídka. Srovnávací právo, například, srovnává pouze právo států. Srovnává tedy etatizované právo s jiným etatizovaným právem. Římské právo, tedy právo nám předcházející civilizace, je studováno samo pro sebe a nachází se, jak říká Hamza ve „skvělé izolaci“ (Hamza 1991: 2). V právních dějinách převažuje evolucionismus 19. století a jeho různé módní varianty. Na dogmatu, že právo se vyvíjí určitou evoluční stezkou tím, že reaguje na měnící se potřeby společnosti, se nic podstatného, snad kromě terminologie, nemění. V návaznosti na srovnávací právo se také na různých místech začala rozvíjet disciplína nazývaná „srovnávací právní kultury.“ Pojem právní kultury byl také zaveden do sociologie práva. Jedná se o veřejné vědění o právu a vzory chování orientované na právní systém. (Friedman 1975: 193). Sociologie práva přes souslednou řadu svých paradigmat, škol, a směrů nedokázala dodnes reflektovat pozitivistické pojetí práva v západní kultuře a z tohoto pojetí vychází jako z axiomu. Jedinou mě známou výjimku představuje snaha po sebereflexi v koncepci právního pole u Pierra Bourdieu (Bourdieu 1986). Tvrdou variací na právní pozitivismus v sociologii práva pak představují sociologové pracující s konceptem *autopoiesis*.

Můžeme tedy shrnout, že právní věda jako celek, ostatně, jak to o sobě sama tvrdí, vykazuje vysokou míru dogmatičnosti a také rigidity. Je to zvláště patrné při porovnání s dynamikou sociálních věd od jejich formativního období dodnes. Z hlediska právní antropologie pak mají všechny tyto disciplíny společné to, že dodnes kriticky reflektovali pojetí práva jakožto autonomního sociálního útvaru v rámci monolitické společnosti složené z jednotlivců.

<sup>4</sup> Strathern hovoří doslova o „an internal comparison between different parts of the anthropological enterprise. the uniqueness of anthropological reflection.“ (Strathern 2002: xiii)

Základní požadavek právní antropologie založený na mezikulturní komparaci, chápat právo jako integrální součást kultury dané společnosti, tedy nebyl vstřebán do naturalisticko-pozitivistického archetypu právní vědy (termín Eliadeho) právní vědy. Při získání jistoty a suverenity vůči tomuto archetypu hrála nemalou roli jak mise právní antropologie spočívající v ověřování platnosti západních teorií o právu do odlehlých končin světa nedotčených západních civilizací, tak právě komparativní způsob ověřování, který vedl k radikálnímu odmítnutí pozitivistického pojetí práva, ať už v explicitní, nebo implicitní formě. Tento způsob získávání a ověřování poznatků však rozhodně představuje pádnější argument, než-li jsou teoreticko-filosofické diskuse.

I v rámci antropologického oboru však zůstala antropologie práva poměrně vzácnou disciplínou. Navzdory tomu, že je považována (samozejmě především právními antropology) za nejdůležitější antropologickou subdisciplínu, neboť právo stanoví, jak se lidé musí chovat (Pospíšil, osobní sdělení).

Závažnost této disciplíny je však nicméně podtrhována např. konstrukcí jejího vztahu k debatě ve městě Valladolid (1550–1551). V rámci této debaty Juan Ginés de Sepúlveda obhajoval započatou koloniální praxi v nedávno obsazené Mezoamerice ve své knize *Democrátes* 1545?, tedy celým názvem „Demokraté: O spravedlivých důvodech k válce proti indiánům“, zdůrazňoval a neustále se vracel k určitým důvodům. Vychází zde z Wallersteinova shrnutí těchto důvodů a pokusím se je reinterpretovat ve světle antropologie práva a ještě jednou v tomto světle shrnout.

Wallerstein (2004) shrnuje Sepúlvedovu argumentaci do čtyř okruhů, a sice (1) barbarství, zvířectví, přirozené poddanství, tedy chybějící nebo přinejmenším obudná autorita; (2) náprava a trest za zločiny proti přírodnímu a Božskému zákonu (šlo zejména o vykořenění modlářství a lidských obětí), tedy chybějící nebo přinejmenším vadná sankce; (3) osvobození nevinných osob od hrozby, že budou obětováni, tedy chybějící reciprocita, vzájemnost, solidarita či humánnost mezi indiány; (4) nutnost zajistit bezpečné šíření křesťanství, tedy prosazování universalnosti křesťanských hodnot. Jak se tedy argumenty antropologie práva dotýkají této fundamentální debaty, která stojí u zrodu moderní doby a na počátku formativního období moderního práva?

Vypořádání se s těmito argumenty, je jádrová oblast antropologie všude tam, kde se zabývá tzv. problémem druhých. Tato debata je podrobnější a poměrně složitá. Například na podporu teze o barbarském chování indiánů se často používal poukaz na to, že indiáni nemají psaný jazyk. Z toho lze dovodit, že tedy nemají ani psané právo (nehledě už na to, že to ani tehdy nebyla vždy pravda). Když se Bartolomé de Las Casas chtěl s touto tezí vypořádat, navrhl, že by přece bylo možné jazyk indiánů kodifikovat a sepsat, a možná bychom spatřili, že tento jazyk není o nic méně racionální a promyšlený než jakýkoliv jiný jazyk v písemné formě zachycený, například latina.

Když Karl Nickerson Llewellyn a E. Adamson Hoebel prováděli právně-antropologický výzkum publikovaný později jako *Cheyenne Way* (Llewellyn, Hoebel 1941) u amerických indiánů Šajenů, písemně zaznamenali obrovské množství soudních rozhodnutí a podařilo se jim vyabstrahovat z nich právní pravidla, jejichž soubor si ničím nezadal komplikovaností a komplexností s právem římským. V návaznosti na Llewellyna a Hoebella Leopold Pospíšil v roce 1967 uvádí celkem pět atributů práva (jeden z nich formální). Vedle principů vyabstrahovaných z rozhodnutí tribálních autorit, se jedná zejména o autoritu, sankci, *obligatio* (představa vzájemného recipročního vztahu mezi právními subjekty) a úmysl universální aplikace (Pospíšil 1967). Podobnost mezi Pospíšilovými atributy práva a těmi atributy, které Sepúlveda shora uvedeným indiánům upíral, je patrná. Pokud tuto podobnost ještě zveličíme, můžeme navíc konstatovat, že intelektuální zdůvodnění, proč indiánům jejich plnoprávné postavení upírat, spočíval v tom, že neměli právo nebo že jejich právo bylo barbarské. Jak na to upozorňuje Wallerstein, variace na takovou argumentaci nacházíme dodnes (Wallerstein 2004).

V roce 1984 Jerome A. Offner zpracovává knihu, která má za cíl překlenout podstatné nedostatky v oblasti aztéckých studií a antropologie práva. Tato první komplexní studie o historii a kultuře Texcoco, druhého nejdůležitějšího aztéckého města, je vůbec první moderní analýzou právního systému nějakého aztéckého státu. Zabývá se detailně různými právními instituty a jejich provázáním s blízkými kulturními oblastmi; zákonem řízenými institucemi a procesy, které mají zásadní význam ve všech aztéckých společnostech, jako je například rozdělení půdy, dědění, příbuzenské vztahy, podnikání, obchod a místní a imperiální správa. Tato analýza aztéckého právního systému vyjasňuje do té doby jen mlhavě chápané sociální struktury a politickou dynamiku v různých aztéckých státech. Offner se zaměřuje na objevování vztahů vyplývajících z aztécké dat, nikoli na interpretaci dat ve světle evoluční teorie. Prezentuje tak aztécké právo v komparativním kontextu jiných významných společenských a kulturních subsystémů (Offner 1984).

#### *Cheyenne Way a Law and Politics in Aztec Texcoco*

Jsou dle mého názoru dvě nejdůležitější případové studie z oblasti antropologie práva inspirované komparací a odpovídající tak na argumentační materiál debaty ve městě Valladolid obsažených v Sepúlvedových knihách *Democrátes Primero* a *Democrátes Sekundo*, zcela jednoznačně. Právní antropologie se tímto způsobem vyrovnala s dogmatickým právním argumentem nerozlučného svazku státu a práva, který se promítl na antropologické rovině do tvrzení, že segmentárním, tedy nestátním společenstvem se nedostalo dobrodiní práva, na základě mezikulturní komparace, ať už implicitní, či explicitní.

#### *Srovnávací teorie práva*

Jiným příkladem vyrovnání se s dogmatickým pozitivismem je antropologická teorie práva založená na mezi-

kulturním srovnáním. Je jistě pravda, že tato teorie byla prezentována jako *hard-science methodology*. Způsob, jak se dospělo k této srovnávací teorii, dnes souhrnně označované jako právní pluralismus, byla poprvé a nejsilněji formulována Leopoldem Pospíšilem na základě poměrně vlivné komparativní metody, zejména v období 50.–70. let 20. století (Pospíšil 1973). V podání Leopolda J. Pospíšila je to poněkud mechanická představa o komparaci a dala by se charakterizovat jako „odškrtávání jednotlivých položek na seznamu“. Jejím účelem je hledání universalit a jejich odlišení od kulturních zvláštností. V daném případě právních a ekonomických. V detailu používání této komparativní metody však vidíme, že podstatou tohoto srovnávání je tvůrčí činnost ve shora uvedeném kognitivním smyslu *par excellence*, nacházející se v celém svém rozsahu „mimo zavedenou praxi“.

Dalším bodem, který dle mého názoru brání tomu, aby této teorii byla připisována charakteristika *hard science*, je skutečnost, že se vyrovnává s ortodoxní, doktrinální právní vědou, jejím pozitivismem a jeho dogmaty. John Griffiths není úplně precizní, když hovoří o tom, že právní pluralismus naznačuje autentické pojetí právní, zatímco právní centralismus je ideologie. Griffiths například uvádí, že právní centralismus je mýtus, zatímco právní pluralismus je faktem (Griffiths 1986: 4). Skutečnosti, které Griffith popisuje jako ideologii právního centralismu, by v rámci sociologie měly být chápány jako velice tvrdá sociální fakta v Durkheimovském smyslu explikovaném v Pravidlech sociologické metody (Durkheim 1895). Mají tedy vnější velmi silné „donucovací“ charakter na aktéry právního pole, popř. mohou být charakterizovány, jak už jsem výše naznačil, jako Eliadovský archetyp. Vliv těchto pozitivistických a naturalistických právních dogmat na antropologické myšlení výstižně charakterizuje Bourdieu: „Použijeme-li bez přemýšlení svůj navyklý způsob myšlení, vždycky tím svůj předmět hluboce změníme. Změna může jít až k úplné destrukci a zůstat přitom s velkou pravděpodobností nepozorována. a jestliže pojmy, které zdánlivě, jak říká Kant, „chtějí platit universálně,“ aplikujeme mimo historické (anachronismy) sociální (třídní etnocentrismus) podmínky jejich platnosti, děje se totéž, protože nám tím uniká specifická podmínka, ze které vznikly.“ (Bourdieu 1999: 121).

Změna referenčního bodu z práva celé, monolitní společnosti skládající se z jednotlivců na právo konkrétní sociální skupiny a jejich autoritativní struktury a vztahy s jinými sociálními skupinami, naznačuje, že nešlo o myšlenkově tak náročné a složité řešení daného problému, přesto se ukázalo, že podniknout tento přesun perspektivy, tedy vzepřít se dogmatu, činil nepřekonatelné potíže po dobu delší než 200 let, a činí problém dodnes.

Zdá se, že slepá ulička, do které dovedly právní teorii a filosofii tendence stupňované v moderním právu v první polovině 20. století, byla připravena vlastní historií moderního práva od založení osvícenského projektu v 18. století. Uznávat nebo vytvářet jiné způsoby myšlení o právu než v rámci jusnaturalistického-juspositivistického diskursu, nebo dokonce tvrdit, že neevropské společnosti

(snad s výjimkou vysokých civilizací) znamenalo velmi dlouhou dobu společensky se znemožnit, být považován za podivína, odpadlíka, kacíře, nebo dokonce staromilce a zatvrzelce. Vzpomeňme jen, s jakou opatrností Montesquieu vydával své Perské listy a s jakou opatrností položil svou slavnou otázku: „Jak je možno být Peršanem?“, nebo jaké taktiky se používaly při psaní etnografických studií, aby se autor vyhnul přímé konfrontaci s převládajícím mocným determinismem (Gusinde 1937). Jako by tedy jisté západní teorie a právní doktríny často ztotožňované s právem samým skutečně měly nadčasovou platnost, překonávaly od jisté doby nejen historické, sociální či geografické limity, a tím *ex post facto* prokazovaly svoji ne již nárokovanou, nýbrž postupně dosahovanou universalitu, ale také překonávaly i snahy té nejkritičtější mysli. Vždyť i sociologie práva často brala aktuální podobu práva za své samozřejmé východisko.

I v tomto proudu však nalezneme výrazné výjimky od Eugena Ehrlichova po Pierra Bourdieua, svým poměrně dosti vyrovnaným přístupem zpochybnili současnou, stále dominantní podobu právní vědy nejvýrazněji. Je známo, že každý antropolog se musí při studiu práva výrazně vyrovnávat se svým osobním zaujetím (*personal bias*), které na jednu stranu často motivuje se danou problematikou zabývat, na druhé straně však také může bránit v pochopení či zkreslit fakta o cizí právní kultuře. Obtížnost překonávat tyto decentní, diskrétní mýty a determinismy o právu, které se do té míry vžily, že se staly řádem světa, ba dokonce sama tato jejich decentnost může představovat vysvětlení této náročnosti antropologie práva, ale i determinovanost jiných disciplín, např. sociologie práva.

Samozřejmě, že antropologickou komparaci právního systému lze explicitně zjemnit tím, že se srovnávací pozornost zaměří na méně proponované dimenze právních systémů; například na strukturální (latentní) souvislosti práva s jinými společenskými fenomény jako moc, spravedlnost, na partikulární a universalistické dimenze právních systémů, na retributivní a restitutivní pojetí práva, na vztah právních pravidel k neprávním, na determinovanost práva a právní vědy a determinující působení práva na vnímání společnosti a utváření osobnosti, na regulace a deregulace cti a komerce, na emancipační a substancialistické konstrukce kategorií v moderního právu a právní vědě a na destrukci nižších právních rovin, na právní systémy bez státu a jiné alternativy ke státnímu právu, na souvislost intraskupinových a interskupinových pravidel (problém vztahu kolektivní a individuální odpovědnosti a zastupování), na personalismus a anonymnost právních systémů, či na konfigurace práva v dané kultuře apod.

#### KOMPARACE A SPRAVEDLNOST

Bogdan Alexandrovič Kistakovskij již v roce 1908 ve sborníku *Věchi* (Milníky) konstatuje, že „právo nemůže být přirovnáváno k takovým duchovním hodnotám, jako je vědecká pravda, mravní dokonalost či svatost náboženství. Jeho význam je relativnější, jeho obsah je zčásti utvářen proměnlivými sociálními a ekonomickými podmínkami.

Relativnost práva je příčinou toho, že někteří teoretici mu přisuzují jen velmi malou hodnotu. Jedni spatřují v právu jen etické minimum, druzí považují za jeho nedílnou součást donucení, tj. násilí“ (Kisťakovskij 2004). Úsilí o vyšší a absolutní ideály může vést, jak na to Kisťakovskij poukazuje, k pohrnutí právem jako druhořadou hodnotou. Na druhé straně totéž úsilí může vést i k přizpůsobování pojetí práva k obrazu těchto absolutních ideálů, například svatosti náboženství.

Podobně neslučitelné s relativní povahou práva je absolutistické pojetí lidských práv. Dnes již mezinárodně uznávaný standard používaný jako měřítko pro hodnocení právních řádů celých států, ale také právní institut veřejných subjektivních práv, kterého se lze dovolat vůči státu. V západní nativní konceptualizaci lidských práv se tato práva chápou jako nedotknutelný základ celého právního řádu. Souvisí to s tím, že na Západě se za účel práva obvykle pokládá výkon spravedlnosti. Toto pojetí je velmi vlivné a vnesené také do jiných kultur.

Nicméně takové pojetí vztahu práva a lidských práv, které je spíše filosoficko-teoretickým postulátem, nežli empirickým zjištěním, má své inherentní limity. Přes značné rozšíření lidských práv zejména prostřednictvím psaných mezinárodních dohod, jsou v praxi stále v mnoha zemích právně nezaručena nebo ignorována.

Komparativním pohledem antropologie práva lze konstatovat, že lidská práva nejsou ani tak součástí právních systémů jako spíše určitého pojetí spravedlnosti spojeného spíše s rovností (Pospíšil 1973: 231). V právní antropologii byly popsány dosud dva právní systémy, které vznikly v reakci na nespravedlnost stávajícího právního systému, a to ekvitní systém a odvolací systém, který je dnes nejdominantnější. Pospíšil srovnává vývoj (1) ekvitního právního systému jako samostatného právního systému anglického práva s vlastními právními autoritami, který vznikl jako reakce na nespravedlnosti systému *Common law*. Později se vyvinul v komplexní právní systém. Na konci 19. století byl tento systém transformován na odvolací systém, byť s určitými zvláštnostmi. Angličtí soudci tedy aplikují dva právní systémy, *equity* a *common law* vedle sebe, které by měly být komplementární, nicméně v případě rozdílnosti má právní systém *equity* přednost. Tento systém Pospíšil srovnává s vývojem (2) institutu odvolání se k římskému císaři v důsledku nespravedlnosti městského občanského práva (*jus quiritium*) a později říšského občanského práva (*jus gentium*). Císař, resp. císařská kancelář, však intervenoval přímo do soudních řízení a dával soudci závazné pokyny, jak postupovat. V tomto systému se tedy nevyvinuly autonomní právní authority, nýbrž vyšší instance soudní soustavy (Pospíšil 1973: 241–243).

Ve srovnání s těmito dvěma právními systémy představuje mezinárodní systém ochrany lidských práv třetí známý systém reakce na nespravedlnost stávajících právních řádů. Jeho teritoriální jurisdikce je však navzdory tvrzené univerzalitě regionálně limitována. Tento systém například v Evropě spočívá v možnosti žalovat suveréna, tedy státy, které ratifikovaly evropskou Úmluvu o ochraně

lidských práv a základních svobod vyhlášenou v roce 1950 u Mezinárodního soudu pro lidská práva ve Štrasburku, pokud jejich vnitrostátní právní mechanismy zajišťování lidských práv selžou. Lidská práva jsou v souvislosti s antropologickou komparací tematizována také ve studii *Anthropology's Comparative Consciousness: the Case of Human Rights* (Hastrup 2002: 27–43).

V této souvislosti je třeba zmínit také Rudolfa Stammlera, který přispěl do vývoje právní antropologie ideou, že princip spravedlnosti je v zásadě všude stejný, ale její konkrétní obsah (hodnoty a pravidla) se společnost od společnosti liší (Pospíšil 1973: 264). Stammler, který se soustředil na aspekty práva, které mají univerzální charakter, tvrdil, že vztah mezi stranami sporu musí vykazovat vzájemnost, tedy že oba subjekty jednají svobodně, resp. že se jeden nepodřizuje libovůli druhého. Strany sporu tvoří dle Stammlera tzv. zvláštní společenství. Cílem práva však není vyrovnání jejich protichůdných zájmů, nýbrž uspořádání vztahu dle ideálu tzv. celého společenství, právní společnosti. Právo je tedy vnější regulace, která nepracuje s individuální morálkou. Spravedlivé je pak takové právo, které naplňuje vyšší sociální ideál. Zatímco obsah tohoto společenského ideálu spravedlnosti je relativní, metoda spravedlnosti, tedy srovnání tohoto vyššího sociálního ideálu se stále se měnícím pozitivním právem je absolutní a univerzální. Jedná se tedy o srovnání dvou hodnotových systémů. To se potvrdilo mezikulturním srovnáním (Pospíšil 1973: 261–264). Obsah tohoto vyššího společenského ideálu spravedlnosti pak mohou představovat například lidská práva. Lidská práva by proto neměla být spojována s universalismem (jak to nárokuje naturalistická koncepce práva), nýbrž s metodami a obsahem spravedlnosti.

Dle Pospíšila je relevantní a smysluplné je hodnotit dohromady jak sociologický stupeň internalizace právních pravidel, tak soulad či nesoulad právních předpokladů s právními hodnotami (Pospíšil 1973: 272).

Spravedlnost může být také poměřována pomocí právních předpokladů (*jural postulates*) obsažených ve společenských institucích. Právní předpoklady jsou hodnoty, o kterých lidé předpokládají, že je právo bude prosazovat. Mají podobu ideálů, či zobecněných tvrzení nebo evidentních, samozřejmých či přirozených pravd, které jsou sdělovány informátory, nebo jsou to hodnotové orientace institucí, které vyplývají z jejich opatrné analýzy. Hoebel demonstruje, jak mohou být identifikovány v různých společnostech, přičemž každé takové identifikaci předchází opatrný náčrt celé společnosti. Smith a Roberts rovněž vypracovali analytický koncept právních hodnot, tedy hodnot prosazovaných právem. Pospíšil navrhuje srovnat právní předpoklady s právními hodnotami, aby se určilo, která pravidla jsou spravedlivá a naopak (Pospíšil 1973: 269–272).

#### ZÁVĚR: POROZUMĚNÍ A UPŘESNĚNÍ JAKO DŮSLEDKY KOMPARACE

Cíle komparativní metody jsou často kontrastovány s historickou metodou, jejímž cílem má být podání vy-

světlení určitého jevu na základě po sobě jdoucích událostí. Komparativní metoda na druhou stranu poskytuje porozumění a také možnost na základě tohoto porozumění formulovat problémy a otázky (Boas 1886). V kontextu například interpretativních a dekonstruktivních prací, bych však chtěl zdůraznit, že zejména přináší *upřesnění* a umožňuje eliminovat různá *faux pas*<sup>5</sup>. Opačným příkladem naopak *rozumějící* komparace může být Bakanův postřeh, že „otročství je právní fikce, že určitá osoba je majetek. Korporátní právnická osoba je právní fikcí, že majetek je určitou osobou“ (Bakan 2004)<sup>6</sup>. Takové srovnání, byť zjednodušené, je založeno na třech pevných bodech, tedy na osobě, majetku a právní fikci. Umožňuje tak vytvořit hraniční problematiku mezi dvěma kategoriemi, které na první pohled spolu ničím nesouvisejí, a přitom nejde o pouhou metaforu, nýbrž, dalo by se říci, spíše o konfiguraci. Upřesnění komparací se také může týkat otázky, do jaké míry okcidentální, tj. antizápadní projekty jako různé druhy nacismů a komunismů nekriticky přejala právě západní premisy a východiska. Mnohé napovídá, že míra této akceptace byla nemalá.

Je dobře známo, že například marxistická teorie vznikla v polovině 19. století a pochopitelně vycházela z dobově podmíněného stavu vědění o mimoevropském světě. Tato ideologie tak v sobě zakonzervovala i stav tehdejšího vědeckého poznání. Leopold Pospíšil konfrontoval marxistické teorie práva a sociální kontroly s empirickými fakty nashromážděnými antropologickým studiem soudobých a minulých společností a kultur, tak jak se jeví sto padesát let po vzniku marxistické filosofie. Bylo možné se domnívat, že se jednalo o rigidní mocenský vliv, díky němuž byl vývoj v této oblasti poznání zakonzervován. Je však pozoruhodné, že tyto mýty a determinismy o právu, které do sebe marxistická teorie vstřebala, prokazují nebyvalou životnost i obecně v těch nejvyspělejších státech světa.

Jisté vysvětlení tohoto jevu poskytuje Zygmunt Bauman, když tvrdí, že „marxismus, a zejména vize socialismu, která byla stejně tak jeho výtvorem jako motivem a zdůvodněním, byl „kontrakulturou kapitalismu““. „Kontrakultury spočívají v tom, že bez diskuse akceptují zjevné i zamlčené předpoklady a hodnoty, jakož i nabídky a přísliby dané kultury, protestují však proti nabízeným způsobům jejich realizace.“ (Petrusek 1997). Svědčí to o tom, že určité determinismy a mýty je třeba zkoumat v hlubších sférách lidského vědomí, a spíše v horizontu dvou set až pětiset let, než-li takové zkoumání omezovat jen na relativně aktuální ústavní a společenská zřízení a jejich odlišnosti. Edward Hall realisticky hodnotí možnosti a potenciál psychoanalýzy vystihnuté pravděpodobně nejlépe ve stati Psychopatologie všedního života (Freud 1990) a říká, že podstatným nedostatkem psychoanalýzy je

neporozumění kulturní matrici, v níž jsou všechny lidské myšlenky umístěny (Hall 1971: 218).

## POUŽITÁ LITERATURA

- [1] ANTALÍK, D. 2005. *Jak srovnávat nesrovnatelné: Strategie mezi-náboženské komparace*. Praha: Oikymenh.
- [2] BAKAN, J. 2004. *The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power*. New York: Free Press.
- [3] BOHANNAN, P. 1997. Ethnography and Comparison in Legal Anthropology. In NADER, L. 1997. *Law in culture and society*. Oakland: University of California Press.
- [4] BOURDIEU, P. 1986. La force du droit. *Éléments pour une sociologie du champ juridique. Actes de la recherche en sciences sociales* 1986: 64.
- [5] BURUMA, I., MARGALIT, A. 2004. *Occidentalism: a Short History of Anti-Westernism*. London: Atlantic Books.
- [6] DERRIDA, J. 2002. *Síla zákona: „mystický základ autority“*. Praha: Oikymenh.
- [7] DONOVAN, J. M. 2003. *Anthropology and Law*. New York: Berghahn Books.
- [8] EHRLICH, E. 1913. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. New Brunswick: Transaction Publishers.
- [9] FREUD, S. 1990. *Psychopathology of everyday life*. New York: W. W. Norton & Company.
- [10] GUSINDE, M. 1937. *Die Indianer Feuerland*. Wien: Anthropos.
- [11] GINGRICH, A., FOX, R. 2002. *Anthropology, by Comparison*. London: Routledge.
- [12] GLÜCKMANN, M. 1997. Concepts in the Comparative Study of Tribal Law. In NADER, L. 1997. *Law in culture and society*. Oakland: University of California Press.
- [13] GRIFFITH, J. 1986. What is Legal Pluralism. *Journal of Legal Pluralism* 24: 1–55.
- [14] FRIEDMAN, L. M. 1975. *The Legal System: a Social Science Perspective*. New York: Russell Sage Foundation.
- [15] HALL, E. 1970. The Paradox of Culture In LANDIS, B. and E. S. Tauber (Eds.) *In the Name of Life. Essays in Honor of Erich Fromm*. New York: Holt, Rinehart and Winston.
- [16] HASTRUP, K. 2002. *Anthropology's comparative consciousness: the case of human rights*. In GINGRICH, A. a FOX, R. 2002. *Anthropology, by Comparison*. London: Routledge.
- [17] HOLÝ, L. ed. 1987. *Comparative anthropology*. Oxford: Blackwell.
- [18] KISTAKOVSKIJ, B. 2004. Na obhajobu práva. In KISTAKOVSKIJ, B. (Ed.) 2004. *Věchi (Milníky) – Sborník článků o ruské inteligenci*. Červený Kostelec: Pavel Mervart.
- [19] KUPER, A. 2004. *The Social Anthropology of Radcliffe-Brown*. London: Routledge.
- [20] LEDVINKA, T. 2011. *Cultural Determination of Jurisprudence and the Anthropology of Law* (připravuje se).
- [21] LLEWELLYN, K. N., HOEBEL E. A. 1941. *The Cheyenne Way*. Norman: University of Oklahoma Press.
- [22] MONTESQUIEU, Ch. 1989 [1721]. *Perské listy*. Praha: Odeon.
- [23] MOORE, S. 2001. Certainties undone: fifty turbulent years of legal anthropology, 1949–1999. *The Journal of the Royal Anthropological Institute* 7: 95–116.
- [24] MOORE, S. 1997. Comparative Studies, Introduction. In NADER, L. 1997. *Law in culture and society*. Oakland: University of California Press.
- [25] OFFNER, J. 1984. *Law and Politics in Aztec Texcoco*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [26] PEACOCK, J. 2002. Action comparison: efforts towards a global and comparative yet local and active anthropology. In GINGRICH, A. a FOX, R. 2002. *Anthropology, by Comparison*. London: Routledge.
- [27] PERNEROVÁ, R. 2000. *Tabu v rodinné komunikaci*. Praha: Portál.
- [28] PETRUSEK, Z. 1997. Deset otázek profesorovi Zygmutu Baumanovi. *Sociologický časopis*. 2/1997: 203–216.
- [29] POSPÍŠIL, L. 1974. *Anthropology of Law: a Comparative Theory*. New Haven: HRAF Press.
- [30] POSPÍŠIL, L. 1985. Empirical Critique of Marxist Theories of Law and Social Control. Windsor yearbook of access to justice 5: 3–15.
- [31] POSPÍŠIL, L. 1963. *The Kapauku Papuans of West New Guinea (Case studies in Cultural Anthropology)*. New Haven: HRAF Press.
- [32] ROSSUM, W. a BÖCKER, A. 2009. Death and Resurrection of Anthropology of Law. *Legal Anthropology from the Low Countries, Special Issue Recht der Werkelijkheid* 2009.

<sup>5</sup>Jako když Jaques Derrida ve studii Síla zákona (Derrida 2004) tvrdí, že západní kultura je ohledně živočišného průmyslu kulturou rituální vraždy. Derrida nezná komparativně založenou klasifikaci na kultury rituálních vražd a na kultury masakru (Todorov 1996), a patrně proto se dopouští této fundamentální záměny.

<sup>6</sup>„Slavery is the legal fiction that a person is property. Corporate personhood is the legal fiction that property is a person“ (Bakan 2004).

- [33] ŠAVELKOVÁ, L. 2011. *Současní Irokézové: severoameričtí indiáni a utváření jejich identit*. Pardubice: Univerzita Pardubice.
- [34] STRATHERN, M. 2002. Foreword: not giving the game away. In GINGRICH, A. a FOX, R. 2002. *Anthropology, by Comparison*. London: Routledge.
- [35] WALLERSTEIN, I. 2006. *European Universalism: The Rhetoric of Power*. New York: New Press.
- [36] TODOROV, T. 1996. *Dobytí Ameriky: problém druhého*. Praha: Mladá Fronta.
- [37] URFUS, V. 2000. *Historické základy novodobého práva soukromého: římskoprávní dědictví a soukromé právo kontinentální Evropy*. Praha: C.H. Beck.
- [38] WAGNER, H., PARISH, H. 1967. *The Life and Writings of Bartolomé de Las Casas*. Albuquerque: University of New Mexico Press.

\*Příspěvek je písemnou verzí přednášky, která zazněla na 7. mezinárodní studentské konferenci AntropoWebu podpořené ZČU v Plzni v rámci projektu SVK–2011–001. Publikace textu byla podpořena ZČU v Plzni v rámci projektu SGS–2011–031.